

fins de clarification au niveau national mais au niveau européen par la CJUE.

Mag. Sebastian Schwamberger, LL.M.

Studium und Gerichtspraxis in Wien, seit 2016
Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht
bei Professorin Wendehorst.



Internationales Privat- und Verfahrensrecht

Prof. Dr. Alexander R. Markus, Bern*

Rechtshängigkeit und Schlichtungsverfahren nach EuGH – C-467/16, Schlömp

I. Sachverhalt und prozessuale Ausgangslage

Das AG Stuttgart hatte sich mit einer negativen Feststellungsklage der in der Schweiz wohnhaften Antragstellerin, *Brigitte Schlömp*, gegen das Landratsamt Schwäbisch Hall zu befassen.¹ Hintergrund war, dass das Landratsamt gegen Schlömp als nach BGB unterhaltspflichtige Tochter via den Regressweg Sozialhilfeleistungen geltend machen wollte, die der pflegebedürftigen Mutter gezahlt worden waren. Die Tochter Schlömp begehrt also die Feststellung, dass sie dem Landratsamt keinen Eltern-Unterhalt aus übergegangenem Recht schulde.

Die weitere Prozessgeschichte lässt sich mit folgenden Schritten umreißen:

- Das Landratsamt reichte am 16.10.2015 bei der Schlichtungsbehörde des Friedensrichteramts Kreis Reiat, Schweizer Kanton Schaffhausen, ein Schlichtungsgesuch gegen Frau *Schlömp* ein.
- Die Schlichtungsbehörde stellte am 25.1.2016 dem Landratsamt die Klagebewilligung aus (dem Kläger zugestellt am 26.1.2016), zumal sich die Parteien nicht einigen konnten.
- Am 11.5.2016 reichte das Landratsamt beim zuständigen Schaffhauser Kantonsgericht Klage auf Zahlung des Mindestunterhaltsbeitrags und Erteilung einer Auskunft ein.
- Am 22.2.2016 ging der negative Feststellungsantrag von Frau *Schlömp* beim AG (Familiengericht) Schwäbisch Hall (Deutschland) ein. Dieses Gericht verwies die Klage wegen Unzuständigkeit an das AG (Familiengericht) Stuttgart, wo das Verfahren am 21.3.2016 einlangte. Die negative Feststellungsklage erfolgte mithin *nach* Eingang des Schweizer Schlichtungsbegehrens, jedoch *vor* Eingang der Schweizer Klage.

Das Landratsamt, dem die Klage am 26.4.2016 zugestellt wurde, beantragte Abweisung des Antrags wegen anderweitiger Rechtshängigkeit. Das deutsche Gericht habe das Verfahren nach Art. 27 Abs. 1 LugÜ² auszusetzen. Die Antragstellerin *Schlömp* widersprach diesem Antrag im Wesentlichen mit der

Begründung, dass die Schaffhauser Schlichtungsbehörde kein „Gericht“ im Sinne des LugÜ sei, weshalb das Schlichtungsverfahren keine Rechtshängigkeit in der Schweiz begründet habe.

II. Erwägungen des vorlegenden Gerichts

Das AG Stuttgart stellte fest, dass die beiden Verfahren über einen identischen Streitgegenstand verfügen.³ Vor diesem Hintergrund zog es Art. 27 und Art. 30 LugÜ heran, wonach das später angerufene Gericht das Verfahren auszusetzen hat, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts festgestellt wird. Die entscheidende Frage bestand für das deutsche AG darin, ob mit der Anrufung der Schlichtungsbehörde Reiat bereits Rechtshängigkeit begründet wurde. Dabei erachtete es als relevant, ob Schlichtungs- und nachfolgendes Klageverfahren zusammen als einheitliches Verfahren zu beurteilen sind, so dass die Anrufung der Schlichtungsbehörde Rechtshängigkeit ohne weiteres auch für das Klageverfahren bewirkt.

Das AG befürwortete die Einheitlichkeit des Verfahrens, zumal nach Schweizer Zivilprozessrecht eine gerichtliche Beurteilung i.d.R. nur erfolgen kann, wenn zuvor eine Klagebewilligung durch die Schlichtungsbehörde ausgestellt wurde. Gleichzeitig verwies das AG auf ein *obiter dictum* des Schweizerischen Bun-

* Den Damen MLaw Martina Engel, RAin, und MLaw Ketzia Pathy sei für ihre Unterstützung bestens gedankt.

1 AG Stuttgart, Beschl. v. 8.8.2016 – 28 F 618/16; zu Sachverhalt und Prozessgeschichte s. auch *Alexander R. Markus/Frauke Renz*, Schlichter sind nach LugÜ Richter, Rechtshängigkeit nach Rechtssache Schlömp, C-467/16, AJP 11/2017, S. 1350 ff., S. 1350 f.; *Alexander R. Markus/Melanie Huber-Lehmann*, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2017), Swiss Review of International and European Law (SRIEL) 2018, S. 78 ff.; *Jolanta Kren Kostkiewicz/Zina Conrad/Tea Gelbhaus/Alejandro Morales Sancho*, Internationales Zivilprozessrecht – Entwicklungen 2017, Bern 2018, S. 14 ff.

2 Lugano-Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ, SR 0.275.12).

3 „Kernpunkttheorie“, so z.B. EuGH, 8.12.1987 – C-144/86 – *Gubisch Maschinenfabrik*, ECLI:EU:C:1987:528, E. 6.

desgerichts, wonach die Einreichung des Schlichtungsgesuchs Rechtshängigkeit i.S.d. LugÜ auslösen soll.⁴ Trotz dieser Rechtsprechung blieb für das AG die Frage unklar, ob eine Schlichtungsbehörde im Sinne des Schweizer Zivilprozessrechts als „Gericht“ i.S.d. Art. 27 und 30 LugÜ angesehen werden kann.⁵ Nach dem Text von Art. 27 LugÜ kann allein die Anhängigmachung bei einem „Gericht“ eine prioritäre Rechtshängigkeit auslösen. In diesem Punkt machte das AG auch eine Uneinigkeit in der Schweizer Literatur aus.⁶ Vor dem Hintergrund, dass unterschiedliche nationalstaatliche Auslegungen in dieser umstrittenen Frage zu vermeiden sind, setzte das AG das Verfahren aus und legte dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV vor:

„Unterfällt auch eine Schlichtungsbehörde nach Schweizer Recht dem Begriff des „Gerichts“ im Anwendungsbereich der Art. 27 und 30 des Lugano-Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen?“

III. Die Schlussanträge des Generalanwalts

Maciej Szpunar

Der Generalanwalt hält dafür, dass die Anrufung einer Schlichtungsbehörde, die wie vorliegend ausgestaltet ist, Rechtshängigkeit nach Art. 27 und 30 LugÜ auslöst. Er bietet hierfür eine Haupt- und eine Eventualargumentation an.

Die *Hauptargumentation* des Generalanwalts besteht darin, dass die beiden Verfahrensteile Schlichtungsverfahren und gerichtliches Klageverfahren untrennbar miteinander verbunden sind. Das gilt zumindest in den Fällen, in welchen das Schlichtungsverfahren nach Schweizer ZPO⁷ zwingend dem Klageverfahren vorgeordnet ist. Führt die Schlichtung zu keiner Einigung, so erteilt die Schlichtungsbehörde dem Kläger eine Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 1 ZPO). Nach Art. 209 Abs. 3 der schweizerischen ZPO gibt die Klagebewilligung dem Kläger während drei Monaten das Recht, die Klage bei Gericht einzureichen.⁸ Der Generalanwalt lässt dabei nicht unerwähnt, dass nach Schweizer Verfahrensrecht die Rechtshängigkeit mit der Anrufung der Schlichtungsbehörde eintritt, und zwar sowohl im nationalen (Art. 62 Abs. 1 ZPO) wie im internationalen (Art. 9 Abs. 2 IPRG⁹) Kontext.¹⁰ Nach seiner eigenen *funktionalen Betrachtung* dürfte der Generalanwalt diesem Umstand jedoch keine entscheidende Bedeutung zumessen. Nach seiner Auslegung ist Rechtshängigkeit auf der Stufe des Schlichtungsverfahrens ohnehin immer dann anzunehmen, wenn das Schlichtungsverfahren ein zwingender Verfahrensabschnitt ist, bevor eine Rechtssache vor ein Gericht gebracht werden kann.¹¹ Vor dem Hintergrund, dass die Verfahrensteile eng zusammenhängen, bedeutet das Schlichtungsverfahren m.a.W. einen integralen Bestandteil des Verfahrens vor dem ordentlichen Gericht.¹² Die Anrufung der Schlichtungsbehörde heißt somit durchaus, dass ein „Gericht“ i.S.d. Art. 27 und 30 LugÜ angerufen wurde.¹³ Das gilt zumindest dann, wenn der Kläger die erforderlichen Maßnahmen zur Weiterführung des Verfahrens vor Gericht ergriffen, mithin Klage gestützt auf die Klagebewilligung denn auch tatsächlich eingereicht hat.¹⁴ Der Generalanwalt lehnt damit eng an die Erwägungen des vorlegenden AG an, für welches ja unzweifelhaft bereits Schlichtungsverfahren und Klageverfahren als einheitliches Verfahren zu beurteilen waren. Er verleiht der Einheitlichkeit jedoch insofern

ein grösseres Gewicht, als diese bereits ausreichende Argumentation zur Beantwortung der Vorlagefrage darstellt.

Erst die *Eventualargumentation* des Generalanwalts mündet in einer Untersuchung, ob die Schlichtungsbehörde auch in einer – vom vorlegenden AG angeregten – *isolierten Betrachtung* als „Gericht“ im Sinne der vorliegenden LugÜ-Bestimmungen gelten kann. Nach der vorstehenden, funktionalen Betrachtung des Generalanwalts erweist sie sich aber eigentlich als entbehrlich.¹⁵

Generalanwalt Szpunar analysiert zu diesem Zweck die Zuständigkeiten der Schlichtungsbehörde nach schweizerischem Zivilprozessrecht. Er qualifiziert die Behörde v.a. deshalb als „Gericht“, weil sie i.d.R. bis Fr. 2'000.– Streitwert bindende Entscheidungen erlassen kann und weil vor ihr unabhängig vom Streitwert bindende Vergleiche abgeschlossen werden können.¹⁶

Diese doch recht begrenzten Entscheidungsbefugnisse der Schlichtungsbehörde führen zwar nicht zwingend zu einer Qualifikation als „Gericht“.¹⁷ Jedoch führt der Generalanwalt weitere Argumente an. Er verweist auf Art. 62 LugÜ, der über eine inhaltliche Entsprechung weder im aLugÜ¹⁸ noch in der EuGVVO¹⁹ oder der aEuGVVO²⁰ verfügt. Unter Verweisung auf den Bericht Pocar²¹ ist gestützt auf diese Bestimmung der Gerichtsbegriff allgemein und weit zu fassen und schließt auch reine Verwaltungsbehörden, die vollständig außerhalb des Justizsys-

4 AG Stuttgart, Beschl. v. 8.8.2016 – 28 F 618/16, N 36, m.H.a. BGer Urteil 4A_143/2007 vom 6.7.2007, E. 3.5.

5 Wenn die prioritäre Rechtshängigkeit zwischen einem Verfahren, das in einem EuGVVO-Staat und einem Verfahren, das in einem LugÜ-Staat anhängig ist, beurteilt werden muss, ist räumlich das LugÜ anzuwenden (Art. 64 Ziff. 2 lit. b LugÜ).

6 AG Stuttgart, Beschl. v. 8.8.2016 – 28 F 618/16, N 34.

7 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (ZPO, SR 272).

8 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 Schlömp, N 2.

9 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (IPRG, SR 291).

10 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 Schlömp, N 33.

11 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 Schlömp, N 47.

12 Vgl. Markus/Renz (Fn. 1), S. 1354.

13 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 – Schlömp, N 48.

14 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 – Schlömp, N 49.

15 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 – Schlömp, N 53.

16 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 – Schlömp, N 56.

17 Markus/Renz (Fn. 1), S. 1357.

18 Lugano-Übereinkommen vom 16.9.1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (aLugÜ, SR 0.275.12).

19 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO).

20 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (aEuGVVO).

21 Fausto Pocar, Erläuternder Bericht zum LugÜ, ABl. C 319 vom 23.12.2009.

tems stehen, mit ein.²² Damit führt auch die Eventualargumentation des Generalanwalts zum Schluss, dass die Anrufung der Schlichtungsbehörde vom Gerichtsbegriff in Art. 27 und 30 LugÜ erfasst wird, auch wenn sie nach einschlägigem kantonalen Organisationsrecht als reine Verwaltungsbehörde ausgestaltet ist.

IV. Die Entscheidung des EuGH

A. Verhältnis zwischen Lugano-Übereinkommen und Europäischer Gerichtsstandsverordnung geklärt

Der EuGH klärt das Verhältnis zwischen LugÜ und EuGVVO gleich in zweierlei Hinsicht. Vorerst geht es um die Abgrenzung der räumlich-persönlichen Anwendungsbereiche; gleichzeitig werden auch die Regeln des LugÜ über die harmonische Auslegung beider Instrumente erfasst.

Vorliegend steht die prioritäre Rechtshängigkeit zwischen einem Verfahren in einem LugÜ-Staat und einem Verfahren in einem EuGVVO-Staat zur Diskussion. In diesen Konstellationen ist das LugÜ anzuwenden – so steht es zumindest in Art. 64 Abs. 1 LugÜ. Trotzdem erregt der Hinweis des EuGH Aufmerksamkeit, dass Art. 64 LugÜ für die Verhältnisse, die zwischen LugÜ und EU-Rechtsakten wie der EuGVVO Nr. 1215/2012 oder der EUUntVO Nr. 4/2009 bestehen, unmittelbar massgeblich ist. Letztere Rechtsakte wurden ja erst nach der Unterzeichnung des LugÜ verabschiedet, so dass zu fragen ist, ob Art. 64 LugÜ bezüglich dieser späteren Rechtsakte eine Abgrenzung zum LugÜ überhaupt vornehmen kann. Der EuGH löst dieses nicht ganz einfache Problem²³ mit dem lakonischen Hinweis, dass Art. 64 Abs. 1 LugÜ „...jede Änderung der Verordnung 44/2001 einbezieht...“, mithin auch die beiden späteren EU-Verordnungen.²⁴ Das bedeutet, dass unter „Änderungen der Verordnung 44/2001“ auch Totalrevisionen, wie sie die geltende Fassung der EuGVVO darstellt, zu verstehen sind, sowie auch neue EU-Massnahmen, welche ein Teilgebiet der EuGVVO, wie es das Unterhaltsrecht dargestellt hat, einer ausführlicheren Regelung zuführen.²⁵

Gemäss Art. 1 Prot. Nr. 2 LugÜ sind die Gerichte gegenseitig verpflichtet, vorbestehender Rechtsprechung zum LugÜ oder zu den in Art. 64 Abs. 1 LugÜ genannten Rechtsakten gebührend Rechnung zu tragen. Prot. Nr. 2 LugÜ sieht verschiedene Mechanismen vor, welche diesem Prinzip zur Durchsetzung verhelfen sollen. Herausragende weitere Folge des vorliegenden EuGH-Entscheidung ist der Umstand, dass die Regeln des LugÜ zur einheitlichen Rechtsprechung zwischen dem LugÜ und der EuGVVO grundsätzlich auch auf die neue Fassung der EuGVVO von 2012 anwendbar bleiben sollen. Der EuGH bleibt damit auf einer Linie, die bereits das schweizerische Bundesgericht eingeschlagen hat.²⁶ Die einheitliche Rechtsprechung bleibt damit ein staatsvertragliches Anliegen des LugÜ, solange es um die Auslegung gleichwertiger Bestimmungen des LugÜ und der EuGVVO geht. Gleichwertigkeit der Bestimmungen ist jedenfalls in Fällen gegeben, in denen sie – wie vorliegend – beinahe wortgleich sind, weil sie von der Revision der aEuGVVO nicht erfasst wurden.²⁷

B. Rechtshängigkeit durch Einleitung des Schlichtungsverfahrens

Die Begründung des EuGH fällt – wie nicht selten bei ausführlichen und einleuchtend begründeten Schlussanträgen des Generalanwalts – recht lakonisch aus. Seiner Prüfung stellt der EuGH voran, dass Leistungsklage einerseits und negative Feststellungsklage andererseits für die Zwecke der Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 27 Abs. 1 LugÜ identisch sind.²⁸ Der EuGH begnügt sich in einem *ersten Begründungsteil* mit folgenden rechtsvergleichenden Feststellungen²⁹ zur Schweizer ZPO:

- Das Schlichtungsverfahren begründet sowohl nach Schweizer ZPO wie auch nach dem schweizerischen IPRG Rechtshängigkeit;
- das Schlichtungsverfahren ist kontradiktorisch ausgestaltet;
- es ist obligatorisch;
- die Schlichtungsbehörde hat Entscheidungsbefugnis sowie Befugnis zum Erlass eines Urteilsvorschlages in gewissen (allerdings relativ engen) Streitwertgrenzen;
- die Regeln der ZPO über den Ausstand sind im Schlichtungsverfahren zu beachten, die Unabhängigkeit der Schlichtungsbehörden ist gewährleistet.

Diese rechtsvergleichenden Feststellungen weisen den EuGH bereits darauf deutlich darauf hin, dass die Schlichtungsbehörde als „Gericht“ i.S.d. Art. 62 LugÜ gelten kann.³⁰

In einem *zweiten Begründungsteil* stellt der EuGH sodann zusätzlich fest, dass sich der Begriff des „Gerichts“ nach Art. 62 LugÜ auf jede Behörde erstreckt, die von einem an das LugÜ gebundenen Staat als zuständig erklärt worden ist, im Bereich der Rechtsgebiete des LugÜ tätig zu werden. Unter Berufung auf den Bericht *Fausto Pocar* ist für den Gerichtsbegriff eine funktionale Betrachtungsweise anzuwenden, während die formale Einordnung der Behörde im nationalen Verfahrensrecht (z.B. als Administrativbehörde) unwesentlich ist.³¹

22 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 Schlömp, N 58 f.; s. dazu ausführlich Markus/Renz (Fn. 1), S. 1354 ff.

23 Dazu etwa Christian Kohler, Auslegungsmechanismen in Andreas Furrer/Alexander R. Markus/Ilaria Pretelli (Hrsg.), Die Herausforderungen des Europäischen Zivilverfahrensrechts für Lugano- und Drittstaaten, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 149 ff., S. 151 f.; Christian Kohler/Rodrigo Rodriguez/Michael Wilderspin, a.a.O., S. 163 ff.; Alexander R. Markus, Die revidierte europäische Gerichtsstandsverordnung, Eine Lugano-Sicht, AJP 6/2014, S. 800 ff., S. 818.

24 EuGH, 20.12.2017 – C-467/16 – Schlömp, ECLI:EU:C:2017:993, N 42.

25 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen.

26 Für den Zeitraum zwischen Inkrafttreten der aEuGVVO und des dazu parallelen LugÜ hat das schweizerische Bundesgericht bereits ähnlich geurteilt: BGE 138 III 386.

27 EuGH, 20.12.2017 – C-467/16 – Schlömp, ECLI:EU:C:2017:993, N 47 f.

28 EuGH, 20.12.2017 – C-467/16 – Schlömp, ECLI:EU:C:2017:993, N 51; EuGH Urteil 19.12.2013 – C-452/12 – Nipponkoa Insurance, ECLI:EU:C:2013:858, Rz. 42; EuGH, 8.12.1987 – C-144/86 – Gubisch Maschinenfabrik, ECLI:EU:C:1987:528, E. 6.

29 EuGH, 20.12.2017 – C-467/16 – Schlömp, ECLI:EU:C:2017:993, N 53 f.

30 EuGH, 20.12.2017 – C-467/16 – Schlömp, ECLI:EU:C:2017:993, N 55.

31 EuGH, 20.12.2017 – C-467/16 – Schlömp, ECLI:EU:C:2017:993, N 55 ff.

Aus diesen Feststellungen leitet der EuGH kurzerhand ab, dass die Schweizer Schlichtungsbehörden als „Gerichte“ i.S.d. Art. 62 i.V.m. den Art. 27 und 30 LugÜ einzuordnen sind.³²

V. Die EuGH-Entscheidung in einer funktionalen Betrachtung

A. Formale Sicht der EuGH-Entscheidung

Die Entscheidung des EuGH ist aus Sicht der Schweizer Justiz zweifellos zu begrüßen. Im Fall eines gegenteiligen Urteils wären Rechtssuchende in der Schweiz ins Hintertreffen geraten.³³ Die Begründung des EuGH greift jedoch eher kurz. Gewiss – die rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer ZPO zielt darauf hin, dass das Schweizer Schlichtungsverfahren ein prozessuales Gefäss darstellt, das die notwendigen Garantien für ein justizförmiges Entscheidungsverfahren aufweist. Und die Ausweitung des Gerichtsbegriffs über Art. 62 LugÜ löst zudem das Problem, dass die Schweizer Schlichtungsbehörden z.T. reine Verwaltungsbehörden sind. Angesichts der differenzierten Erwägungen des Generalanwalts hätte es indessen nicht über- rascht, wenn das Gericht seine Perspektive über diese beiden formalen Punkte ausdehnt hätte.

B. Beurteilung nach Lehre und Rechtsprechung

Ob das das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs bei einer Schweizer Schlichtungsbehörde Litispensenz gem. Art. 27 und 30 LugÜ begründet, wird in der schweizerischen Literatur weitgehend bejaht³⁴; sie folgt damit der Botschaft des Bundesrates³⁵ zur Ratifikation. Was die Tragweite des Art. 62 LugÜ betrifft, herrscht bei der Lehre in analogen Fragestellungen allerdings keine Einigkeit.³⁶

Während das schweizerische Bundesgericht³⁷ (obiter) die Rechtshängigkeit mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs befürwortet hat, ist die Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten des Gerichtsstandssystems von Brüssel und Lugano uneinheitlich. Gegen die Qualifikation einer Schlichtungsbehörde als Gericht haben sich – unter der aEuGVVO – sowohl das ArbG Mannheim als auch das ArbG Barcelona ausgesprochen.³⁸ Der London High Court of Justice hat dagegen zum LugÜ entschieden, dass aufgrund des funktionellen Gerichtsbegriffs des Art. 62 LugÜ davon auszugehen sei, dass Schweizer Schlichtungsbehörden als Gerichte zu qualifizieren sind.³⁹ Nach den Ausführungen des EuGH zum System des Prot. Nr. 2 LugÜ waren diese Entscheidungen jedenfalls zur vorliegenden Entscheidungsfindung grundsätzlich heranzuziehen und zu berücksichtigen.⁴⁰

C. Teleologisch-funktionale Betrachtung des Rechtshängigkeitsmechanismus

Dass die Rechtshängigkeit im Zeitpunkt eintritt, in welchem das Schlichtungsgesuch eingereicht wird, entspricht dem Sinn und Zweck einer multilateralen und instrumentsautonomen Normierung. Art. 30 LugÜ will nämlich gewährleisten, dass die unterschiedlichen Prozessrechte nebeneinander funktionieren können, ohne dass eines der Systeme benachteiligt würde.⁴¹ Z.B. in Deutschland muss der Kläger die Klage direkt bei Gericht einreichen um das Verfahren zu initiieren, während etwa

Frankreich, die Niederlande und das Vereinigte Königreich dem System des Zustellungsbeauftragten folgen. Nach diesem System wird die Zustellung der Klage an den Beklagten mittels eines „huissiers“ (Weibel) oder eines beauftragten Anwalts ver-

32 EuGH, 20.12.2017 – C-467/16 – Schlömp, ECLI:EU:C:2017:993, N 55.

33 Markus/Renz (Fn. 1), S. 1358.

34 Für die Qualifikation der Schlichtungsbehörde als Gericht und daraus resultierende Litispensenz durch Schlichtungsverfahren sprechen sich u.a. aus: Andreas Bucher in Andreas Bucher (Hrsg.), *Loi sur le droit international privé/Convention Lugano, Commentaire* Romand, Basel 2011, Art. 30 LugÜ N 3–4; Felix Dasser in Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ) Kommentar*, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 30 LugÜ N 12 ff.; Felix Dasser, Die Rechtshängigkeit gemäß ZPO und revidiertem Lugano-Übereinkommen in Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), *Internationaler Zivilprozess 2011: Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO*, Bern 2010, S. 95 ff., S. 108 (allerdings zweifelnd); Tanja Domej, Der „Lugano-Zahlungsbefehl“ – Titellose Schuldbetreibung in der Schweiz nach der LugÜ-Revision, ZZPInt 2008, S. 167 ff., S. 167–168; Urs Feller/Mark Meili, Schweizer Schlichtungsgesuch im euro-internationalen Verhältnis, SJZ 2015, S. 194 ff., S. 200; Rebekka Keller, Rechtshängigkeit nach Lugano-Übereinkommen und schweizerischem IPRG, Dissertation, St. Gallen 2013, S. 138 ff.; Manuel Liatowitsch/Andrea Meier in Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht*, Zürich 2011, Art. 30 LugÜ N 6; Ramon Mabillard in Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), *Lugano Übereinkommen*, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2016, Art. 30 LugÜ N 11; Alexander R. Markus, *Internationales Zivilprozessrecht*, Bern 2014, N 1679; Markus/Renz (Fn. 1), S. 1350 ff.

35 Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18.2.2009, BBl 2009 1777 ff., 1805.

36 Im Zusammenhang mit der Tätigkeit von schweizerischen Betreibungsämtern vertreten einen restriktiven Begriff des „Gerichts“ neben anderen Autoren insb. Jolanta Kren Kostkiewicz/Rodrigo Rodriguez, Der unwidersprochene Zahlungsbefehl im revidierten Lugano-Übereinkommen, Jusletter 26.4.2010; Felix C. Meier-Dieterle, Arrestpraxis ab 1.1.2011, AJP 10/2010, S. 1211 ff., S. 1211; Hans Reiser, Überblick über die Arrestrevision, SJZ 106/2010, S. 333 ff., S. 337. Einen grosszügigen Begriff des „Gerichts“ vertreten hingegen Domej (Fn. 34), S. 167 ff.; Bernard Dutoit, *Droit international privé suisse*, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2005, N 151; Isaak Meier in Ivo Schwander (Hrsg.), *Das Lugano-Übereinkommen*, St. Gallen 1990, S. 207 f.; Beat Müller, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich des Schuldrechts, Diss. St. Gallen 1994, S. 67 f.; Ernst F. Schmid in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 1–158, Art. 46 SchKG N 30, Art. 52 SchKG N 13; Alexander R. Markus, Zahlungsbefehl als Mahntitel nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen in Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), *Internationaler Zivilprozess 2011: Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO*, Bern 2010, *passim*; Alexander R. Markus, LugÜ und SchKG-Einleitungsverfahren, AJP 2006, S. 366 ff., S. 367; Alexander R. Markus in Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), *LugÜ-Kommentar*, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 22 Nr. 5 LugÜ N 179 ff.; Markus, IZPR (Fn. 34), N 1143 ff.; Markus/Renz (Fn. 1), S. 1355 f.

37 BGer Urteil 4A_143/2007 vom 6.7.2007, E. 3.5 (obiter).

38 Friederike Stumpe, Torpedo-Klagen im Gewand obligatorischer Schlichtungsverfahren – Zur Auslegung des Art. 27 EuGVVO, IPRax 2008, S. 22 ff., S. 23, mit Hinweisen auf die Urteile aus Mannheim und Barcelona.

39 High Court of Justice (GB), 6.8.2014, *Lehman Brothers Finance vs. Klaus Tschira Stiftung*, HC13F012417; Markus/Renz (Fn. 1), S. 1352 f.; Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 Schlömp, N 50.

40 EuGH v. 20.12.2017 – C-467/16 – Schlömp, ECLI:EU:C:2017:993, N 46 ff.

41 Markus/Renz (Fn. 1), S. 1354; Alexander R. Markus, Aktuelles aus dem internationalen Zivilverfahrensrecht in Annette Dolge (Hrsg.), *Zivilprozess und Zwangsvollstreckung* Bd. Nr. 6, Zürich 2018, S. 6 f.; Dirk Vollmer, Das revidierte Luganer Übereinkommen insbesondere im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz – zugleich eine Besprechung des EuGH-Urteils vom 20.12.2017, *Juris* 7/2018, S. 266 ff., S. 270.

anlasst; erst danach gelangt die Klage ans Gericht. Für diese unterschiedlichen Systeme einen einheitlichen Zustellungszeitpunkt zu finden, war eine Herausforderung für den Gesetzgeber.⁴² Wäre nun das Schlichtungsverfahren obligatorisch vor dem Klageverfahren zu absolvieren, ohne dass das Schlichtungsgesuch Rechtshängigkeit auslöst, so geriete die darauf gestützte Klage beim *race to the court* regelmäßig ins Hintertreffen: Das Schlichtungsgesuch warnt den Beklagten vorzeitig, so dass dieser seinerseits in aller Ruhe im Ausland eine Klage bei Gericht einreichen oder eine Zustellung an den dortigen Beklagten veranlassen und sich damit die prioritäre Rechtshängigkeit sichern kann. Vor diesem Hintergrund ist es ein Anliegen der Regelung, den Kläger, der als erster handelt, unmittelbar mit der Rechtshängigkeit zu „belohnen“, und damit gleichzeitig die Vorwarnzeit des Beklagten möglichst kurz zu halten.⁴³ Nur auf diese Weise kann gemäß offiziellem Bericht zum LugÜ Waffengleichheit zwischen den Parteien gewährleistet werden.⁴⁴ Abgesehen von diesem Interessenausgleich zwischen den Parteien ist die Waffengleichheit auch ein Anliegen aus der Sicht einer geordneten Rechtspflege. Lässt das System dem Beklagten nämlich genügend Zeit, im Ausland eine identische Klage einzureichen, so fördert dies parallele Rechtshängigkeitssituationen und damit einander widersprechende Entscheidungen.⁴⁵ Diese Teleologie spiegelt sich in der Entstehungsgeschichte: In der EU/EFTA-Arbeitsgruppe, welche von 1997-1999 die Revision der Übereinkommen von Brüssel und Lugano verhandelte, wurde die Frage der angerufenen Schlichtungsbehörden durchaus als Problem identifiziert, zumal es eben darum ging, einen einheitlich und diskriminierungsfrei feststellbaren Zeitpunkt für alle Prozesssysteme zu bestimmen. Im allseitigen Einverständnis, dass die Anrufung der Schlichtungsbehörde der Anrufung einer gerichtlichen Behörde gleichzustellen ist, wurde auf eine besondere Erwähnung der Schlichtungsbehörden aus dem alleinigen Grund verzichtet, den Text so einfach wie möglich zu halten.⁴⁶

D. Enger Zusammenhang zwischen Schlichtungs- und Klageverfahren

Dass Schlichtungs- und Klageverfahren nach Schweizer ZPO eng miteinander verbunden sind, sieht bereits das AG Stuttgart als gegeben.⁴⁷ Nach Art. 197 ZPO geht dem Entscheidungsverfahren grundsätzlich ein – meist obligatorisches – Schlichtungsverfahren voraus.⁴⁸ Schlichtungsverfahren und Klageverfahren sind damit so eng miteinander verwoben, dass sie in einer funktional-übergreifenden Betrachtung als einheitliches Verfahren anzusehen sind.⁴⁹ Auf den Punkt gebracht bedeutet dies, dass die Qualifikation der Behörde, bei welcher das Rechtsschutzgesuch zu Beginn des Verfahrens eingereicht wird, in den Hintergrund tritt. Entscheidend ist stattdessen, dass das Verfahren in seinem Hauptteil, der Behandlung der Klage in Behauptungs-, Beweis- und Urteilsstadien, vor einem „Gericht“ stattfindet. M.a.W.: ob das Rechtsschutzgesuch beim Gericht im formalen Sinne selber oder einer dem Gericht vorgeschalteten, jedoch eng mit dem gerichtlichen Verfahren verbundenen Behörde stattfindet, ist in einer funktional-übergreifenden Betrachtung nicht mehr massgeblich.⁵⁰ Der in Art. 27 Abs. 1 LugÜ zu lesende Satzteil „... bei Gerichten ... anhängig gemacht ...“ bezieht sich mithin auf ein *im Hauptteil gerichtliches* Verfahren, unabhängig davon, bei welcher Stelle das Rechtsschutzgesuch einzureichen ist.

Es ist m.E. ein Verdienst des Generalanwalts, dass er das Schlichtungsverfahren als *integralen Bestandteil* des Klageverfahrens hervorgehoben hat, welches sich in der Folge unbestreitbar vor einem „Gericht“ i.S.d. Art. 27 und 30 LugÜ abspielt.⁵¹ Die Frage der „Entscheidungsbefugnis“ der isoliert betrachteten Schlichtungsbehörde, welcher der EuGH verhältnismässig viel Argumentationsaufwand schenkt, ist daher nicht mehr unmittelbar massgeblich.⁵² Sie wäre denn auf den ersten Blick auch nicht ganz befriedigend zu beantworten, zumal die selbständige Entscheidungsbefugnis der Schlichtungsbehörde i.d.R. auf den Streitwert von Fr. 2'000.– beschränkt ist.⁵³ Dass die Frage der Entscheidungsbefugnis auch in einem anderen Kontext, der ebenfalls Art. 62 LugÜ ins Zentrum stellt, nicht unmittelbar relevant ist, sei nachstehend gezeigt.

E. Der Begriff des „Gerichts“ nach Art. 62 i.V.m. Art. 32 LugÜ

1. Der Begriff im Allgemeinen

Art. 62 LugÜ zielt darauf ab, Behörden und Verfahren allein nach ihrer Funktion statt nach ihrer Form zu erfassen. Die Bestimmung hat allgemeinen Charakter und geht dabei weiter als die Parallelnorm des Art. 62 aEuGVVO.⁵⁴ Der Bericht *Pocar* postuliert eine grosszügige Betrachtung des Gerichtsbegriffs in folgender Weise: „In dem Übereinkommen wird mehrfach der Begriff ‚Gericht‘ verwendet (...). Würde der Begriff in einigen Rechtssystemen im engeren Sinne dahingehend ausgelegt, dass er eine der Justizstruktur eines Staates förmlich zugeordnete Behörde bezeichnet, so würde er möglicherweise nicht alle Behörden erfassen, die (...) eine oder mehrere der Funktionen ausüben, die in dem Übereinkommen einem ‚Gericht‘ zugewiesen werden.“⁵⁵ Und weiter: „Das Übereinkommen legt nun eine allgemeinere Regel fest; der Begriff ‚Gericht‘ wird weiter gefasst und bezeichnet nun jede Behörde in einem nationalen

42 Markus, Aktuelles (Fn. 41), S. 6.

43 Europäische Kommission, Stellungnahme in C-467/16, N 10 f.; Markus/Renz (Fn. 1), S. 1354.

44 Bericht *Pocar* (Fn. 21), N 119.

45 Markus/Renz (Fn. 1), S. 1354; Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 – Schlömp, N 35.

46 Botschaft des Bundesrats zum LugÜ (Fn. 35), S. 1805; Markus, IZPR (Fn. 34), N 1679; Alexander R. Markus, Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, SZW 1999, S. 205 ff., S. 216; Markus/Renz (Fn. 1), S. 1356.

47 AG Stuttgart, Beschl. v. 8.8.2016 – 28 F 618/16, N 29 f.

48 Dies sah auch der London High Court of Justice als wesentliches Kriterium. Vgl. dazu Feller/Meili (Fn. 34), S. 197. Dasselbe Argument verwendet auch die Stellungnahme der Europäischen Kommission in der vorliegenden C-467/16.

49 S. auch Europäische Kommission, Stellungnahme in C-467/16, N 12.

50 Markus/Renz (Fn. 1), S. 1357 f.

51 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 – Schlömp, N 48.

52 Markus/Renz (Fn. 1), S. 1357; so auch Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 – Schlömp, N 53.

53 Markus/Renz (Fn. 1), S. 1357; vorbehalten bleibt die unbeschränkte Entscheidungsbefugnis der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtangelegenheiten beim „qualifizierten Urteilsvorschlag“ nach Art. 211 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO (Markus/Renz (Fn. 1), S. 1357 Fn. 42).

54 Schlussanträge GA Maciej Szpunar vom 18.10.2017 in der Rs. C-467/16 – Schlömp, N 58.

55 Bericht *Pocar* (Fn. 21), N 175.

Rechtssystem, die für die in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallenden Rechtsgebiete zuständig ist. Mit der entsprechenden Formulierung werden die ‚Gerichte‘, die das Übereinkommen anwenden müssen, aufgrund der von ihnen ausgeübten Funktionen und nicht nach ihrer förmlichen Einordnung im nationalen Recht bestimmt.⁵⁶ Daraus ist abzuleiten, dass der Umstand, ob die Schlichtungsbehörden nach den – unterschiedlichen – kantonalen Gerichtsorganisationsrechten unmittelbar ins Gerichtssystem integriert oder als selbständige Behörden konzipiert sind, bereits aus allgemeinen Überlegungen heraus keine Rolle spielen darf.⁵⁷

2. Identischer Begriff bei Zuständigkeit und Rechtshängigkeit

Die Frage, wie weit Art. 62 LugÜ letztlich trägt, ist in der Schweizer Lehre nur für die Rechtshängigkeit weitgehend unumstritten. Im Kontext der Zuständigkeit wird die Frage, ob das Schweizer Betreibungsamt (als Verwaltungsbehörde) ein „Gericht“ i.S.d. LugÜ ist, hingegen höchst kontrovers diskutiert.⁵⁸ Dabei geht es um das Problem, ob der unwidersprochene Zahlungsbefehl⁵⁹ als „Entscheidung“ unter das LugÜ fällt, wenn ihm eine bloss behauptete, gerichtlich nicht beurteilte Forderung zugrunde liegt. Wird Art. 62 LugÜ restriktiv ausgelegt, so können Behörden aus zwei Gründen aus dem Anwendungsbereich des LugÜ ausscheiden: Sie sind (1) gerichtsfern organisiert, und/oder sie erlassen (2) keine „Erkenntnisse“ im Sinne von Entscheidungen in der Sache.

Auf den Schweizer Zahlungsbefehl treffen beide Vorbehalte zu. Als „Mahntitel“ stellt der unwidersprochene Zahlungsbefehl m.E. aber ein „Entscheidungsurrogat“ dar, sofern er sich nicht auf eine bereits erlassene Entscheidung stützt („untitulierter“ Zahlungsbefehl). Die Ausstellung des Zahlungsbefehls erfolgt zwar nicht in einem Erkenntnisverfahren i.e.S., steht aber für die potentiellen Erkenntnisverfahren, die im Falle stattfinden, dass der Gesuchsgegner Widerspruch („Rechtsvorschlag“⁶⁰) gegen das Instrument erhebt. Diese Betrachtung stützt sich auf die Rechtsprechung des EuGH⁶¹ und eine rechtsvergleichende Betrachtung mit zahlreichen europäischen Rechtssystemen, die ähnliche „Mahntitel“ und „Mahnverfahren“ kennen wie die Schweiz mit ihrem Zahlungsbefehl und ihrem Einleitungsverfahren SchKG.⁶² Als nur ein Beispiel unter vielen dient der Zahlungsbefehl nach der Europäischen Mahnverordnung,⁶³ dessen Zuständigkeit zur Ausstellung sich konsequent nach der EuGVVO richtet.⁶⁴ Bei einer grosszügigen Auslegung des Art. 62 LugÜ hat sich somit die Ausstellung des Zahlungsbefehls an die Zuständigkeitsvorschriften des LugÜ zu halten, und ist der rechtskräftig gewordene Zahlungsbefehl als „Entscheidung“ grenzüberschreitend vollstreckbar.⁶⁵ Dieses Ergebnis dient gleichermassen dem Beklagtenschutz, der sich allein an den Erkenntnisgerichtsständen des LugÜ verteidigen muss, und den Bedürfnissen des Urteilsgläubigers, der sich die Zirkulationsfähigkeit des (rechtskräftigen) Zahlungsbefehls nutzbar macht.

Ob es beim Begriff des „Gerichts“ nach Art. 62 LugÜ um Zuständigkeitsfragen oder um Fragen der Rechtshängigkeit geht, kann keine Rolle spielen. Es wäre systematisch unverständlich, wenn im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit von anderen Begrifflichkeiten ausgegangen würde als bei der Zuständigkeit.⁶⁶ Die Entscheidungskompetenz einer isoliert betrachteten Be-

hörde – sei es Betreibungsamt, sei es Schlichtungsbehörde – kann hier wie dort alleine nicht massgeblich sein, sondern ist in einem übergreifenden, funktionalen Verfahrenszusammenhang zu sehen.

VI. Fazit

Das Einreichen eines Gesuchs bei einer Schweizer Schlichtungsbehörde löst Rechtshängigkeit nach Art. 27 und 30 LugÜ aus, wenn das Schlichtungsverfahren obligatorisch ist. Der EuGH begründet diese willkommene Entscheidung nur kurz, indem er erstens eine formale Einordnung des isolierten Schweizer Schlichtungsverfahrens als „Gericht“ vornimmt und zweitens zudem auf den weiten Begriff des „Gerichts“ nach Art. 62 LugÜ verweist. Die vom Generalanwalt aufgegriffene funktional-übergreifende Betrachtung des Schweizer Verfahrensrechts sowie teleologische Überlegungen zu einem grosszügigen Gerichtsverständnis führen argumentativ ungleich weiter. Ein Blick auf verwandte Fragen im Bereich der Zuständigkeit bestätigt im Übrigen die Sicht, dass Verwaltungsbehörden auch dann „Gerichte“ i.S.d. Art. 62 LugÜ sein können, wenn sie keine Erkenntnisentscheidungen i.e.S. fällen.

Summary

In the decision *Schlömp* the ECJ stated that the conciliation authority according to the Swiss Civil Procedure Code may be classified as a ‚court‘ within the meaning of Article 27 and 30 of the Lugano Convention II. In the case of *lis pendens*, the date on which a mandatory conciliation procedure was lodged before a conciliation authority under Swiss law is the date on which a court is deemed to be seized. Taking a functional approach on the Lugano Convention II, the qualification and decision-making competence of the authority, to which the application is submitted at the beginning of the procedure, are not relevant. This decision corresponds to the content and rationale of a multilateral and autonomous rule such as Article 30 of the Lugano Convention II. It also ensures the principle of equality of arms and the balance of interests between the parties and prevents parallel situations of *lis pendens* and thus conflicting decisions.

56 Bericht *Pocar* (Fn. 21), N 175.

57 *Markus/Renz* (Fn. 1), S. 1354.

58 Vorne Fn. 36.

59 Zahlungsbefehl i.S.d. Art. 69 ff. des schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11.4.1889 (SR 281.1, SchKG).

60 Art. 74 ff. SchKG.

61 EuGH v. 16.6.1981 – C-166/80 – *Klomp/Michel*, ECLI:EU:C:1981:13; EuGH v. 13.7.1995 – C-474/93 – *Hengst Import BV/Campese*, ECLI:EU:C:1995:243.

62 Ausführlich hierzu *Markus*, Zahlungsbefehl (Fn. 36), S. 49 ff.; *Markus*, LugÜ-Kommentar (Fn. 36), Art. 22 Nr. 5 LugÜ N 179 ff.; *Markus/Renz* (Fn. 1), S. 1354 ff.

63 Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens (EuMahnVO).

64 Art. 6 Abs. 1 EuMahnVO.

65 *Markus*, LugÜ-Kommentar (Fn. 36), Art. 22 Nr. 5 LugÜ N 179 ff.; *Domej* (Fn. 34), S. 167 ff.

66 *Markus/Renz* (Fn. 1), S. 1357.

Résumé

Dans l'arrêt *Schlömp* la CJUE a jugé que l'autorité de conciliation selon le droit de procédure civile suisse peut être qualifiée de ‚juridiction‘ au sens des articles 27 et 30 de la Convention de Lugano II. En cas de litispendance, la date à laquelle a été engagée une procédure obligatoire de conciliation devant une autorité de conciliation de droit suisse, constitue la date à laquelle une juridiction est réputée saisie. Selon une approche fonctionnelle de la Convention de Lugano II, la qualification et la compétence décisionnelle d'une autorité à laquelle une action est soumise au début de la procédure ne sont pas pertinentes. Cette décision est compatible avec le sens et à l'objectif d'une disposi-

tion multilatérale et autonome telle que l'article 30 de la Convention de Lugano II. Elle garantit aussi l'égalité des armes et l'équilibre entre les intérêts des parties et évite le risque de litispendance parallèle et donc le risque de jugements contradictoires.

Prof. Dr. iur. Alexander R. Markus

Rechtsanwalt, Ordinarius an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht CIVPRO.



Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht

Prof. Dr. Nikolaus Forgó, Wien

Zur urheberrechtlichen Bewertung eines „Onlinevideorecorders“

Anmerkung zu EuGH v. 29.11.2017 – C-265/16 VCAST Limited/RTI SpA

Leitsatz

Die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, insbesondere ihr Art. 5 Abs. 2 Buchst. b, ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, die es einem gewerblichen Unternehmen gestattet, für Private mit Hilfe eines Datenverarbeitungssystems eine Dienstleistung der Fernbildaufzeichnung von Privatkopien urheberrechtlich geschützter Werke in der „Cloud“ durch aktiven Eingriff seinerseits in die Aufzeichnung ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zu erbringen.

I. Vorbemerkung

Von Google-Docs bis Office 365, von Dropbox bis iCloud, von Spotify bis Youtube, ist die Entwicklung des Internets seit Jahren von einem Trend geprägt: der Cloud. Gemeint ist damit, im hier interessierenden Zusammenhang, die Auslagerung von Rechen- und/oder Speicherkapazitäten auf zentrale Rechner. Die Vorteile sind mannigfaltig: niedrigere Anschaffungs- und Wartungskosten, bessere mobile Verfügbarkeit, höhere Ausfallsicherheit, bessere Skalierbarkeit, usw. Der Trend ist inzwischen mindestens ein Jahrzehnt alt, langsam kommen seine Folgen nicht nur in der Realität jedes Nutzers an, der sich darüber freut, dass das neue Smartphone die alten Kontakte kennt, eine Netflix-Serie auf einem beliebigen Gerät betrachtet oder E-Mails auch mal schnell von unterwegs liest, sondern auch im Recht. Dabei ist zu vermerken, dass die technische Entwicklung nicht nur dem Nutzer neue Möglichkeiten bietet, sondern

auch, im Umkehrschritt, die ökonomischen Verwertungsmöglichkeiten der Urheber und Hersteller immer wieder vor neue Herausforderungen stellt: War es vor einigen Jahr(zehnt)en die (digitale) Privatkopie, die die Erlöse des Urhebers reduzierten, und/oder das massenhafte „Sharing“ urheberrechtlich geschützter Werke in Peer-to-Peer-Netzwerken, so kommt heute die Cloud mit vergleichbar spürbaren wirtschaftlichen Folgen: einerseits werden die Nutzer zunehmend von Käufern zu Mietern (Spotify, Netflix, Amazon Music etc.) und profitieren damit u.a. nicht mehr vom Erschöpfungsgrundsatz, andererseits versiegen aus Urhebersicht Erlösströme, die an den Erwerb von Hardware geknüpft sind („Festplattenabgabe“), wenn eben diese Hardware nicht mehr erworben werden muss, weil die Funktionalität über einen Cloudservice-Provider erreicht wird. Das hat Auswirkungen auch auf die rechtliche Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs für Urheber und Verwerter. In diesem Kontext steht auch die hier zu besprechende Entscheidung.

II. Sachverhalt und Vorlagefragen

VCAST¹, eine Gesellschaft englischen Rechts, bot ihren Kunden auf Basis eines Abonnements das Speichern terrestrisch frei ausgestrahlter Fernsehsendungen in der Cloud an, u.a. jene von Reti Televisive Italiane (RTI), einem Unternehmen der Mediaset-Gruppe². Der Service konnte über das Internet rasch abonniert werden. Der Kunde wählte im Anschluss auf der

¹ <https://www.vcast.it/home>.

² <https://www.mediaset.it>.